

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 48/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Andreu Enfedaque i Marco.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL: inviolabilidad del domicilio: vulneración inexistente; intervención telefónica: vulneración inexistente: intervenciones motivadas por el delito inicial de contrabando, de omisión del deber de perseguir determinados delitos o del encubrimiento, procediéndose a su transcripción por escrito y dando fe la Secretaria Judicial de la fidelidad de las transcripciones y supervisando el instructor la necesidad y extensión de las escuchas.

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACION DE SECRETOS: autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados: inexistencia: averiguar si una persona tiene o no pendiente una orden judicial de busca y captura, aunque sea con la ilícita finalidad de poder eludirla más fácilmente: inexistencia de revelación de secreto.

ABANDONO DE DESTINO Y DE LA OMISION DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS: dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos: existencia.

ENCUBRIMIENTO: ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o a sustraerse a su busca o captura: existencia: funcionarios públicos y agentes de la autoridad que auxilian al que quebrantó su condena a fugarse del territorio español.

CONCURSO DE LEYES: existencia: encubrimiento y omisión del deber de perseguir determinados delitos cometidos por guardias civiles: el primer delito absorbe al segundo: aplicación del art. 8 regla 3ª.

*La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lleida **condena** a los tres acusados como autores cada uno de un delito de encubrimiento, a las penas, para cada uno, de nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para todo empleo o cargo público durante el tiempo de la condena y, además, con carácter de principal, la referida pena de inhabilitación especial para todo empleo o cargo público por tiempo de dos años, así como al pago de una doceava parte de las costas del juicio, y les **absuelve** de los delitos de omisión del deber de perseguir determinados delitos y de revelación de secretos que se les imputaban, y a los otros tres acusados de la totalidad de delitos que les eran imputados, con declaración de oficio de las restantes tres cuartas partes de las costas procesales, acordando la afectación de los objetos intervenidos a los condenados a satisfacer sus responsabilidades pecuniarias, con devolución a los absueltos de los que les fueron ocupados, y cuidando de conservar los que tengan carácter de prueba documental, así como las cintas de las grabaciones correspondientes.*

En Lleida, a veinte de octubre de dos mil tres.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los señores indicados al margen, ha visto en juicio oral y público, las presentes diligencias previas número 321/01 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de La Seu d'Urgell, por delitos de omisión del deber de impedir determinados delitos, encubrimiento y revelación de secretos, en las que son acusados Pedro Miguel, nacido en Lleida el 31 de octubre de 1971, hijo de Cristóbal y de Pilar, con D.N.I. NUM000, con domicilio en Fuengirola (Málaga), CALLE000, NUM001, Complejo Esperanza, NUM002 NUM002. NUM003, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y privado de libertad por esta causa, desde el 19 al 23 de abril de 1999 a la actualidad, representado por la Procuradora Dª María Carmen Gracia Larrosa y defendido por la Letrada Dª María José Blanca López; Víctor Manuel, nacido en Las Palmas de Gran Canaria, hijo de Luis Pedro y de Alejandra, con D.N.I. NUM004, con domicilio en Alpicat (Lleida), CALLE001, NUM005, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y privado de libertad por esta causa, desde el 19 al 23 de abril de 1999, representado por la Procuradora Dª Susana Rodrigo Fontana y defendido por el Letrado D. Rafael

Navarro Quilis; José Antonio, nacido en Las Palmas de Gran Canaria el 28 de marzo de 1965, hijo de Julián y de Lina, con D.N.I. NUM006, con domicilio en Belcaire d'Urgell (Lleida), CALLE002, NUM007, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y privado de libertad por esta causa, desde el 19 de abril al 23 de abril de 1999, con idénticas representación y defensa que el anterior; Gaspar, nacido en Santa Cruz de Tenerife el 8 de marzo de 1968, hijo de Augusto y de María Purificación, con D.N.I. NUM008, con domicilio en Santa Cruz de Tenerife, CALLE003, NUM009 NUM002, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y privado de libertad por esta causa, desde el 19 al 23 de abril de 1999, representado por la Procuradora D^a Susana Rodrigo Fontana y defendido por el Letrado D. Rafael Navarro Quilis; Bartolomé, nacido en Écija (Sevilla) el 29 de mayo de 1958, hijo de Jesús Miguel y de Natalia, con D.N.I. NUM010, con domicilio en Escaldes-Engordany (Principado de Andorra), CALLE004, NUM011 DIRECCION000 NUM002. NUM012, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y privado de libertad por esta causa, desde el 20 al 22 de mayo de 1999 representado por la Procuradora D^a Sagrario Fernández Graell y defendido por el Letrado D. Jordi Alís Vila y Pedro Jesús, nacido en Málaga el 26 de julio de 1973, hijo de Carlos Alberto y de Inmaculada, con D.N.I. NUM013, con domicilio en Málaga, CALLE005, NUM014, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y privado de libertad por esta causa, el 23 de abril de 1999 a la actualidad, representado por la Procuradora D^a. Cecilia Moll Maestre y defendido por el Letrado D. Alfonso Sell Trujillo. Es parte acusadora el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. D. ANDREU ENFEDAQUE MARCO, Presidente de esta Audiencia Provincial.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Ministerio Fiscal, en conclusiones definitivas, entendió que los hechos constituían un delito de omisión del deber de perseguir delitos del que son autores los acusados Pedro Miguel, Víctor Manuel, José Antonio Gaspar y Pedro Jesús y de un delito de revelación de secretos y encubrimiento (sic) del que son autores los anteriores en concepto de autores y el acusado Bartolomé en concepto de cómplice, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se impongan a los cinco acusados primeramente mencionados por el primer delito sendas penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años, accesorias y costas, por el delito de revelación de secretos sendas penas de multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de treinta euros y responsabilidad personal de 270 días en caso de impago por insolvencia, accesorias y costas y por el delito de encubrimiento un año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años, accesorias y costas, y al acusado Bartolomé, por el delito de revelación de secretos, las penas de multa de doce meses, con una cuota diaria de treinta euros y responsabilidad personal subsidiaria de ciento ochenta días en caso de impago por insolvencia, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, accesorias y costas y por el delito de encubrimiento de secretos (sic) las penas de seis meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, accesorias y costas.

SEGUNDO Las defensas de los acusados, en el mismo trámite, interesaron todas ellas la libre absolución de sus defendidos.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO El acusado Pedro Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, Guardia Civil en activo, el mes de diciembre de 1998 llevaba a cabo actividades, no estrictamente determinadas pero ajenas a las propias de su función y de licitud harto dudosa. En relación a las mismas sostuvo diversas conversaciones telefónicas con el también acusado y asimismo Guardia Civil en activo Víctor Manuel, en relación a la conveniencia de promover la salida de España de Sergio, que cumplía condena en un Centro Penitenciario de Navacarnero (Madrid) y al que, habiéndosele concedido un permiso penitenciario, no se reintegró al mismo el 1 de diciembre de 1998, manteniéndose huido de la Justicia. Ambos acusados, entre sí y con otras personas cuya identidad no ha podido determinarse, analizaron en diversas conversaciones telefónicas la posibilidad de facilitar al huido documentación falsa, lo que finalmente se descartó. Finalmente optaron por organizarle la salida de España con su propia documentación, para lo que era previamente necesario comprobar si existía orden de busca y captura que hubiera tenido acceso a las terminales informáticas de las Fuerzas de Seguridad del Estado. Pedro Miguel encomendó esta gestión a una persona cuya identidad no se ha podido determinar. El 12 de diciembre de 1998, a las 0,18 horas, dicha persona no determinada llamó al Centro COS de la Guardia Civil de Lleida, identificándose como NUM015 y solicitó información sobre dicho extremo, limitándose a indicar el nombre de la persona en cuestión, siéndole facilitado el dato por el Guardia de servicio como era usual en el tráfico ordinario del Cuerpo. Efectivamente, Sergio había sido declarado en situación de busca y captura por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción número 2 de Navacarnero, que instruía las correspondientes diligencias previas 2100/98 por delito de quebrantamiento de condena, además de tener otras órdenes de búsqueda vigentes.

Ante dicha contrariedad, los acusados decidieron organizar la fuga de España de Sergio mediante la colaboración de otra u otras personas que pudieran facilitar su embarque en un avión con destino al extranjero sin pasar los controles de Policía Nacional y Guardia Civil. A este efecto, el acusado Pedro Miguel entró en contacto telefónico con su amigo y Guardia Civil destinado en el aeropuerto de Barajas (Madrid) el acusado Pedro Jesús, el cual consultado telefónicamente sobre la cuestión, manifestó la posibilidad de llevar a cabo dicho ilícito acto aprovechando las facilidades que su libre circulación por el aeropuerto de Barajas le permitía, así como su conocimiento del funcionamiento de los accesos y su conocimiento de las personas destinadas en los controles.

Sobre las 11,33 horas del 22 de diciembre de 1998, el acusado Pedro Jesús, que en dicho día acudió al aeropuerto pese a hallarse de permiso oficial desde el día 15, llamó por teléfono a Pedro Miguel y le dijo que la persona en cuestión la había dejado en la Puerta de Alcalá. Dicho día, salía entre otros un vuelo del aeropuerto de Barajas con destino a Colombia, a las 12,05 horas, uno de cuyos pasajeros adquirió el billete en metálico en el

Principado de Andorra.

Sergio continúa al presente desaparecido.

Ninguno de los acusados anteriormente referidos, siendo conocedores de la situación de quebrantamiento de condena en la que se encontraba Sergio, procedieron a comunicarla a sus superiores ni a autoridad alguna, ni a intentar su localización y puesta a disposición judicial, antes bien colaboraron en la forma que ha quedado relatada a que el mismo prolongara su situación de evadido e incluso saliera del territorio español.

El acusado Gaspar prestaba servicios a la fecha de los hechos en el Grupo Operativo GEO de la Guardia Civil de Lleida, conocido a efectos internos como GEO, indicativo que debían utilizar sus agentes (en número de ocho en aquel tiempo, al mando de un teniente) para cualquier tipo de actuación y consulta, como la de obtención de datos en el centro de Control antes referido, para el que debían añadir al referido indicativo el número del día de la fecha, que en el supuesto que relatamos había de haber sido A12 y no A18.

El también acusado José Antonio, era a la fecha de los hechos Guardia Civil retirado por incapacidad física para el servicio en virtud de Resolución de 10 de noviembre de 1998, publicada en el Boletín Oficial de 26 del mismo mes.

El acusado Bartolomé, mayor de edad y sin antecedentes penales, es de nacionalidad española pero residente en el Principado de Andorra, donde es titular de un negocio de lampistería.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Las defensas de los acusados han planteado, incluso durante la instrucción de la causa, y posteriormente en sus escritos de defensa y en el trámite previo a que se refiere el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) , la nulidad de las escuchas telefónicas y de las entradas y registros acordadas durante la instrucción de la causa, por falta de fundamentación de las mismas al no extenderse la investigación del Juzgado a ninguno de los delitos que han sido objeto de acusación, por lo que las mismas adolecerían de nulidad y asimismo todas las pruebas derivadas de las mismas. Esta vulneración procesal, que se eleva al rango de constitucional al entender no han sido respetados los derechos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, requieren examen preferente por parte de la Sala, por su obvia trascendencia a la hora de la determinación del material probatorio válido para vencer la presunción constitucional de inocencia. A este respecto, el examen de cualquiera de los diversos autos dictados en la causa basta para evidenciar, no solamente su extensa y correcta fundamentación jurídica sino también, y ello es menos frecuente en los procedimientos, su detallada fundamentación fáctica, en cada caso ajustada al estado de las correspondientes investigaciones policiales y judiciales, que, como es sabido, se iniciaron a partir de la aprehensión en la provincia de Girona de un camión que contenía una cantidad de tabaco de contrabando cuyo valor excedía sobradamente el mínimo previsto en la correspondiente Ley para integrar el delito de contrabando de géneros estancados y que, al suponerse que el mismo habría pasado irregularmente la frontera de La Farga de Moles entre España y el Principado de Andorra, llevó a mantener sospechas respecto de los Guardias Civiles que estaban de servicio en el punto y hora correspondiente. A partir de las iniciales conversaciones telefónicas referidas al delito de contrabando, de forma casi inmediata se puso de manifiesto la posible existencia de delitos de cohecho, de omisión del deber de impedir determinados delitos, tráfico de drogas tóxicas, falsedad de documentos, revelación de secretos y encubrimiento. Y dicha aparición indiciaria no es arbitraria, caprichosa, inconexa ni fundada en simples suposiciones de la Policía Judicial o en noticias de origen ignorado, ni en indicios de carácter equívoco sino que, persiguiéndose un delito de contrabando, apareció de inmediato la relación con el mismo de unos agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y relacionados por ello con el paso de la frontera, aparecieron asimismo elevadas sumas de dinero ingresadas en sus cuentas en Andorra, sometidas a frecuentes movimientos sin causa legítima alguna y, confiados los imputados, hicieron aparecer en sus conversaciones, aunque siempre guardando mínimas medidas de seguridad, proyectos o propuestas relacionadas con el tráfico ilícito de tabaco, sustancias tóxicas y al parecer armas, yendo a focalizarse finalmente su actuación en el período de tiempo que abarcan estas diligencias hacia la protección de una persona que había quebrantado su condena y la facilitación de medios para que saliera de España, barajándose para ello la falsificación de su documentación y finalmente la salida por un aeropuerto sin pasar controles policiales. Todo ello se deriva progresivamente de las diversas conversaciones interceptadas por la Policía Judicial, de las que se dio cuenta al Juez instructor y que éste, al ir apareciendo nuevos delitos iba valorando y extendiendo las correspondientes autorizaciones de intervención a la investigación de cada uno de ellos, así como a la investigación de las diversas personas, que a partir de los acusados iniciales Pedro Miguel y Víctor Manuel, fueron apareciendo en su círculo de relación delictiva. Dichas resoluciones fundadas del Sr. Juez evidentemente no requieren de una calificación jurídica óptima en cada uno de los casos, siendo suficiente que se identifiquen con claridad los posibles hechos delictivos, siendo en su caso los Tribunales sentenciadores quienes en su caso efectuarán la calificación correcta, de lo cual no se deriva indefensión alguna. Y la medida de intervención telefónica aparece plenamente justificada no solamente por la gravedad del delito inicial de contrabando, en una medida y cuantía que sobrepasa ampliamente los mínimos que dan lugar a la figura delictiva, sino también respecto del delito de omisión del deber de perseguir determinados delitos o del encubrimiento de un delito de quebrantamiento de condena, conductas delictivas que, cometidas por funcionarios de la Guardia Civil, encargados precisamente de la persecución de delincuentes entrañan una gravedad y repulsa social que justifica su persecución.

Tampoco la forma en la que fueron llevadas a cabo las intervenciones telefónicas resulta rechazable ni entraña vulneración procesal alguna. La Policía Judicial, obtenida la debida autorización judicial, procedió a llevar a cabo las escuchas de los teléfonos amparados por el mandato judicial, procediéndose a su transcripción por escrito y dando fe la Sra. Secretaria Judicial de la fidelidad de las transcripciones a la grabación y supervisando el instructor en todo momento la necesidad y extensión de las escuchas. Ello llevó sin duda a que, en trámite de prueba documental, las

defensas admitieran expresamente dicha fidelidad de las transcripciones en cuestión, aunque manteniendo su oposición procesal (anteriormente examinada y rechazada por esta Sala) a las intervenciones telefónicas y no admitiendo que fueran efectivamente los acusados los reales intervinientes en las conversaciones, renunciando asimismo, al igual que el Ministerio Fiscal, a que se llevase a cabo la audición propuesta como prueba.

Aportadas las grabaciones con corrección al acervo probatorio, tampoco se ha producido la denunciada vulneración del principio de contradicción, toda vez que ni durante la instrucción de la causa ni en el propio acto del juicio oral se llevó a cabo la audición por las defensas, habiendo sido suspendida por ausencia de los acusados la que fue solicitada por una de las partes acusadoras, según es de ver en la causa, con lo que el contenido correspondiente vino a ser tácitamente aceptado por las personas a quienes afectaba.

Lo anterior permitirá a la Sala incluir entre las pruebas válidas las obtenidas a partir de la referida audición de conversaciones telefónicas, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de la autoría de las mismas o de su contenido incriminatorio, lo que se examinará posteriormente.

Respecto de las autorizaciones de entrada y registro, habrá que dar por reproducidas las argumentaciones anteriores respecto de la procedencia de su autorización, objetivamente justificada y que se llevó a cabo al amparo de los correspondientes autos dictados por el Juez instructor competente para entender de la causa, por lo que también los elementos probatorios obtenidos a partir de las referidas diligencias serán válidamente incorporables al proceso.

Pasando al examen del fondo de la cuestión, la Sala ha llegado a los anteriores hechos declarados probados, considerando las válidas pruebas testifical, documental, pericial e interrogatorio de los acusados, valoradas todas ellas con arreglo a los principios procesales de inmediación y contradicción. Como ha quedado apuntado anteriormente, las pruebas fundamentales de la acusación derivan de las escuchas telefónicas llevadas a cabo respecto a comunicaciones existentes entre los mismos utilizando aparatos telefónicos fijos y móviles que les pertenecían. Los acusados han negado, genéricamente haber sostenido tales conversaciones e incluso han renunciado, con el Fiscal, a la audición de las cintas, pero la realidad es que han admitido su mutuo conocimiento e incluso la frecuencia de sus comunicaciones telefónicas, si bien negando siempre que lo hablado tuviera relación alguna con los delitos de los que se les acusa. Sin embargo la Sala, tras la lectura de las extensas transcripciones de sus conversaciones, llevadas a cabo mediante sus teléfonos móviles, que no han alegado siquiera fueran utilizados por personas distintas, llega al convencimiento contrario, y así pasará a fundarlo respecto de cada uno de ellos.

Los referidos hechos probados no son constitutivos del delito de revelación de secretos objeto de la acusación fiscal, ya que la averiguación de si una persona tiene o no pendiente una orden judicial de busca y captura, aunque sea con la ilícita finalidad de poder eludirla más fácilmente, no supone revelación alguna de secreto a los efectos que contempla el artículo 417-1 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) . Antes bien, hay que tener en cuenta que por disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) (artículo 838) las requisitorias no se mantendrán ocultas sino que se publicarán en los periódicos oficiales y en los sitios públicos, dando de ellas cuenta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para facilitar con ello la localización del rebelde y su puesta a disposición de la Justicia, por lo que su existencia en ningún caso tiene el carácter de secreto, habida cuenta además de que es normalmente previsible salvo que un error burocrático u omisión en el procedimiento correspondiente den lugar a que, siendo legalmente procedentes y exigibles, no se lleven efectivamente a la práctica. Con dicha publicidad se obtiene como finalidad la más fácil aprehensión del huido al que su condición de evadido del centro penitenciario, como en el presente caso, hace incluso susceptible de ser detenido por un particular (artículo 490 supuestos 3. A 7. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). No se cumple por tanto el supuesto que contempla el artículo 417 del Código penal, referido a «secretos o informaciones... que no deban ser divulgados», para configurar el delito objeto de acusación fiscal.

Los hechos sí constituyen sin embargo un delito de omisión del deber de perseguir determinados delitos. El condenado Sergio había quebrantado su condena no regresando al Centro Penitenciario después de disfrutar de un permiso y los acusados, conocedores de dicha circunstancia y con toda probabilidad del lugar en que se hallaba oculto o, cuanto menos, de en qué forma podía ser localizado (en las conversaciones se evidencia que dicho extremo se conoce perfectamente), omitieron la conducta que su importante tarea de miembros de la Guardia Civil les imponía, como era el de procurar su localización. Incurrieron por tanto en el tipo delictivo que contempla el artículo 408 del Código Penal, aunque solamente aquellos obligados en virtud de su cargo (no así los ajenos al Cuerpo, como después argumentaremos más extensamente), en la conducta que contempla dicho precepto. Con ello, y en materia tan sensible como el derecho penal se quebranta gravemente la confianza que la sociedad ha depositado en los servidores del orden que se degradan con ello, incumpliendo los especiales deberes que les son exigibles al nivel de los delincuentes que debieran perseguir.

Pero no solamente en el presente caso ha sido ésta la conducta de los acusados responsables, ya que, además de abstenerse de una conducta que les era obligada, han llevado a cabo una conducta activa, cual es la de auxiliar al que ha quebrantado su condena a fugarse del territorio español, con lo cual es mucho mayor el daño al bien jurídico protegido, el cumplimiento de una pena impuesta por un delito grave tras un proceso con todas las garantías legales, y conculcación por tanto del principio de legalidad penal, con notorio daño del principio de eficacia y de la prevención general y especial del delito. En efecto los acusados Pedro Miguel, Sergio y Pedro Jesús, han desarrollado una actividad de auxilio activo a dicha salida del territorio nacional, intentando procurarle documentación falsa, averiguando mediante la consulta directa o indirecta de datos policiales, la salida del afectado con su documentación legítima y llevando a cabo esta última eludiendo los controles de salida mediante la directa intervención del acusado Pedro Jesús. Con ello han actuado abusando de su condición de funcionarios públicos y

agentes de la autoridad que resulta palmaria en el acusado Pedro Jesús, destinado precisamente en el sector internacional del aeropuerto de Madrid-Barajas, y también en los otros dos que han usado sus conocimientos legales y del funcionamiento interno de los Cuerpos policiales para alcanzar una finalidad antijurídica, que resulta por tanto incardinada en el precepto del artículo 451.3.b) del Código punitivo.

Habiéndose cometido en principio dos delitos, pero dos delitos en estrecha relación entre ambos, hasta el punto de estar indisolublemente ligados al ejercicio de funciones públicas en sus autores, el Tribunal debe plantearse si su punición deberá realizarse con arreglo a las normas que regulan los llamados concurso real e ideal regulados en los artículos 73 y siguientes del Código Penal o, por contra, ambas conductas deben ser objeto de una única punición, por concurrir alguna de las relaciones entre las mismas que se contemplan en el artículo 8 del Código Penal. A este respecto el Tribunal se inclina por entender que las conductas referidas en los hechos declarados probados deben considerarse comprendidas la una en la otra, y en concreto la omisión del deber de perseguir determinados delitos en el delito de encubrimiento, ya que, siendo este último además cometido por funcionarios públicos, como los Guardias civiles, encargados por su oficio de perseguir delitos y a sus responsables, de ninguna manera podía cometerse el delito de encubrimiento, delito de acción, sino incurriendo a la vez en la no persecución de los culpables (delito de omisión), al ser impensable aquel delito más grave (ayudar al que no debe ser ayudado sino perseguido por el agente) sin concurrir a la vez el de menor gravedad (no perseguir al que debe ser perseguido), situación en la que juzgamos aplicable la regla 3ª del referido artículo 8, al entender que haciéndolo de otro modo se estaría penando dos veces (concurso real) o penando una sola vez pero agravadamente (concurso ideal), lo que constituye una conducta única, que absorbe otra con la que está indisolublemente ligada.

SEGUNDO De dicho delito de encubrimiento son responsables, en concepto de autores, los acusados Pedro Miguel, Sergio y Pedro Jesús, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 del Código penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) . En lo que respecta al acusado Pedro Miguel utilizó los teléfonos móviles NUM016, NUM017 y NUM018, como es de ver casi correlativos y que cambiaba con gran frecuencia con los que, en lo que afecta al presente procedimiento, sostuvo diversas conversaciones telefónicas de especial interés durante el mes de diciembre de 1998. Así el 11 de diciembre (folio 132) hizo referencia a que había que «plastificar el pasaporte de un tío que no se había presentado después de un permiso del talego», inequívoca referencia a Sergio, haciendo referencia en otra conversación sostenida el mismo día (folio 134) a la imposibilidad de falsificar el pasaporte de otra persona sustituyendo la fotografía por el hecho de que se trataba de una persona muy joven, nacida en 1979 y que el evadido era mucho mayor (había nacido en 1955). El mismo día ya se adopta al parecer la decisión de que el evadido salga de España con su propia identidad y por ello Pedro Miguel indica a su interlocutor que había que consultar a «Chapas» sobre si había alguna orden de busca y captura pendiente, manifestación coincidente con la nota escrita hallada en el domicilio del acusado y que la pericial caligráfica practicada en juicio ha evidenciado que fue escrita por su mano, dando el acusado el nombre y número de DNI de dicha persona, lo que descarta su pretendida versión de que se trataba de un requisitoriado cuyos datos conocía por su profesión y con el fin de averiguar su paradero, mientras que en las conversaciones se evidencia que la única finalidad pretendida era, por contra, la de facilitar su fuga de España. El mismo día 12 se efectuaría la llamada al Centro de Información en la que se constataría que dicha persona estaba efectivamente reclamada, por lo que no podía pasar la frontera en la forma ordinaria, al exponerse a ser detenido. Ello lleva a que, según también se constata en las conversaciones de este mismo día 12 (folios 147,151 y 156) se opte por entrar en contacto con otra persona que, por su relación con el tráfico aeroportuario pudiera facilitar la ilícita actividad pretendida. Y estas conversaciones se mantuvieron con el acusado Pedro Jesús dada la amistad que mantenían éste y Pedro Miguel, amistad que admitió el propio Pedro Jesús en el acto del juicio oral y que se manifiesta, como el mismo admitió en el uso frecuente de bromas, sobreentendidos y apelativos familiares (como «Cabezón», «Zapatones», «Botines», este último aplicado sin duda a Pedro Miguel por estar destinado en La Botines). Sin embargo ninguna credibilidad presenta que, como ahora pretende el acusado Pedro Jesús, dicha familiaridad llevara a Pedro Miguel a crear una impostura que Pedro Jesús seguiría por diversión, pues el tono de la conversación evidencia seriedad en la exposición del problema (salir de España una persona en busca y captura y por tanto sin pasar los controles policiales) y la solución facilitada inmediatamente por Pedro Jesús (pasarle por las pistas en su compañía por disponer de libre circulación por ellas hasta llegar a la puerta de embarque al aparato), seriedad ratificada cuando en conversación posterior Pedro Jesús dice «que ya lo ha probado». Pedro Miguel plantea el siguiente día 14 el problema de la falta de sello del pasaporte, problema que resuelve Pedro Jesús tras la correspondiente consulta (folios 147,151,156) en el sentido de su innecesariedad para un ciudadano español. Especialmente significativo es que el día 22 de diciembre (día en el que Pedro Jesús estuvo en el aeropuerto pese a estar de permiso oficial desde hacía varios días) llamara a Pedro Miguel para decirle que «lo había dejado en la puerta, en la puerta de Alcalá», eufemismo que se refería sin duda a la puerta de embarque. La realidad de la salida se confirma cuando en una conversación del siguiente día 29 de diciembre se da la noticia de que «el tipo la ha palmado» (folio 208), siendo cierto que desde entonces ninguna noticia se ha tenido de Sergio, aunque sorprendentemente fuera detenida una persona cuya real identidad es al parecer distinta, aunque en su declaración viniera a admitir hechos como su huida de prisión y su salida posterior de España, aunque en ningún caso inculcando a los hoy acusados. El hallazgo asimismo en el domicilio de Pedro Miguel de un sello correspondiente a la Aduana de Barajas, viene a reforzar el vínculo del mismo con el otro acusado destinado como Guardia Civil en dicho aeropuerto internacional.

En lo que respecta a la implicación en los hechos del acusado Augusto, la misma se deriva, además de en la estrecha amistad con el acusado Pedro Miguel, que aparece como eje máximo de la operación, en el hecho de que fuera su letra, según se deriva de la prueba pericial, la que apareciera en el mismo documento, hallado en casa de Palma y referido al evadido Sergio, y asimismo en la conversación telefónica transcrita a folio 124 de la causa en la que el acusado, titular del teléfono móvil NUM019 así como del NUM020 intervenidos por orden judicial, en la que transmite a su interlocutor la necesidad de efectuar la llamada al C.O.S. para averiguar la pendencia de orden de busca y captura referida a Sergio. En dicha conversación hace ya una significativa referencia al temor de que los teléfonos del grupo estén intervenidos («un chisme pinchado»), que evidencia su plena conciencia de la ilegalidad

de su actuación.

La Sala, sin embargo, y pese a las fundadas sospechas de que tanto los acusados, Jose Antonio, como Bartolomé como Gaspar estuvieran implicados en los hechos perseguidos no halla pruebas concluyentes de su responsabilidad en los mismos, ya que no llega al convencimiento de su participación en las conversaciones llevadas a cabo con los otros tres ni les identifica como los conocidos con los apodos «Chapas», o «Pelos», a los que se hace referencia en las aludidas conversaciones, no pasando, a tenor de lo probado en el juicio oral su intervención en los únicos hechos ahora objeto de persecución, arriba detallados, como de simple sospecha.. Además, no debe olvidarse que, calificables los hechos como posibles delitos de encubrimiento y de omisión del deber de perseguir determinados delitos, la condición de personas ajenas a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado obligados a la persecución de delitos de los dos primeros, impide su responsabilidad por dichos actos. En efecto, Bartolomé se dedica a un negocio de lampistería en el Principado de Andorra, no constando siquiera realizara en territorio español ninguno de los hechos punibles perseguidos, y en cuanto a José Antonio, fue declarado en situación de retirado en el Cuerpo de la Guardia Civil el mes anterior al que se cometieron los hechos que ahora enjuiciamos, por lo que, ni uno ni otro de dichos acusados tenían obligación de perseguir el delito de quebrantamiento de condena cometido por Sergio, careciendo de sanción penal la obligación cívica de denuncia a que se refiere el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) infracción cuya sanción según la referida Ley Procesal es de multa de 25 a 250 pesetas. Respecto del delito de encubrimiento, y a tenor de lo que dispone el artículo 451 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) , y en la modalidad 3, que es la aplicable al caso presente, el mismo solamente será punible para quienes no abusen de funciones públicas cuando el delito encubierto sea alguno de los de mayor gravedad a que se refiere el apartado a) de dicho precepto, entre los cuales no se encuentra el de quebrantamiento de condena, habiendo argumentado asimismo la Sala con anterioridad respecto a la imposibilidad de calificación de estos hechos como delito de revelación de secretos. En cuanto a Gaspar, éste sí Guardia Civil en activo cuando los hechos sucedieron, obra contra él la circunstancia de haber conocido la existencia de la investigación contra sus compañeros y la filtración de la misma y el que la persona que efectuó la llamada al COS diera como indicativo el GEO correspondiente a la unidad en que Augusto se hallaba encuadrado, pero habida cuenta de que la misma se integraba entonces por ocho Guardias y a que el telefonista no reconoció la voz del mismo, lleva a que su inculpación, aunque fundada no venga ratificada con pruebas suficientemente concluyentes para vencer la presunción constitucional de inocencia, por lo que también deberá ser absuelto.

Respecto del último acusado el Guardia Civil Pedro Jesús, ha admitido ante la Sala sus conversaciones telefónicas con el acusado Pedro Miguel, cuyo contenido, como hemos argumentado más arriba, es plenamente inculpatario para el mismo, así como su inequívoco mensaje a las 11,33 horas del 22 de diciembre de 1998 de que había dejado a la persona «en la puerta, la puerta de Alcalá», siendo además su presencia en el aeropuerto estando de permiso oficial precisamente dicho día y no en los anteriores ni posteriores, una sospechosa coincidencia que no se puede explicar por el simple hecho de que tuviera entonces una novia que trabajaba en Iberia o que acudiera a comer al restaurante reservado al personal del aeropuerto, puesto que no consta que ello le llevara a registrar su paso por la zona internacional, según consta a folio 771. En todo caso, y aun en el hipotético supuesto de que no llevara a cabo dicho concreto acto de eficaz apoyo a la huida, su conducta integraría los tipos delictivos perseguidos al incumplir su deber de persecución de un fugitivo de la justicia, como le obligaba su cargo de Guardia civil en activo y además prestar activo auxilio para que pudiera escapar al extranjero, mediante las informaciones, gestiones y preparación que de dicha forma de huida llevó cabo, por lo que es responsable del delito del artículo 451. 3. A) del referido Código Penal.

TERCERO En la realización de dicho delito no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en ninguno de los acusados.

CUARTO Por lo anterior procederá la imposición a cada uno de los acusados de las penas que se dirán, adecuadas a las circunstancias del hecho y de los culpables, con aplicación de la regla 6ª del artículo 66 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) valorando la Sala la existencia de una normalidad en la actuación delictiva y una ausencia de móviles o intereses distintos del propio lucro o beneficio (aunque no se haya probado dádiva o soborno, las cantidades ingresadas en Andorra por dos de los acusados sin dar razón de su origen crean una fundada sospecha de su dedicación a actividades ilícitas) que deben llevar al Tribunal a imponerles una pena proporcionada a la gravedad de su conducta, que produce un grave perjuicio al Cuerpo al que todavía pertenecen y por tanto al elevadísimo número de modestos funcionarios que desempeñan sus importantes tareas en forma abnegada a cambio de una baja remuneración.

De acuerdo con lo dispuesto en el propio apartado b) del artículo 451.3, y tratándose los culpables de funcionarios públicos, y siendo el delito encubierto menos grave, procederá imponerles la pena de inhabilitación especial para cargo público por tiempo de dos años, ajustándose al respecto la Sala a la petición efectuada por el Ministerio Fiscal, además de imponerle la accesoria de inhabilitación especial por el tiempo de duración de la pena privativa de libertad impuesta como principal, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56 del Código Penal.

QUINTO Las costas se impondrán por la ley a los criminalmente responsables de un delito o falta, según lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) , debiendo ser declarada de oficio la mitad correspondiente al delito de que han sido absueltos y las partes que corresponderían a los acusados respecto de los que se dicta también fallo absolutorio.

La referida resolución se notificará a los órganos administrativos que instruyen por estos hechos o semejantes, expedientes disciplinarios a algunos de los acusados, todo ello a fin de que en los mismos surtan los efectos que proceda.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

CONDENAMOS al acusado Pedro Miguel, como autor de un delito de encubrimiento, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de NUEVE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL para todo empleo o cargo público durante el tiempo de la condena y, además, con carácter de principal, la referida pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL para todo empleo o cargo público por tiempo de DOS AÑOS, así como al pago de una doceava parte de las costas del juicio.

CONDENAMOS al acusado Víctor Manuel, como autor de un delito de encubrimiento, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de NUEVE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL para todo empleo o cargo público durante el tiempo de la condena y, además, con carácter de principal, la referida pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL para todo empleo o cargo público por tiempo de DOS AÑOS, así como al pago de una doceava parte de las costas del juicio.

CONDENAMOS al acusado Pedro Jesús, como autor de un delito de encubrimiento, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de NUEVE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL para todo empleo o cargo público durante el tiempo de la condena y, además, con carácter de principal, la referida pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL para todo empleo o cargo público por tiempo de DOS AÑOS, así como al pago de una doceava parte de las costas del juicio.

ABSOLVEMOS a los anteriores acusados de los delitos de omisión del deber de perseguir determinados delitos y de revelación de secretos que se les imputaban y a los también acusados José Antonio, Gaspar y Bartolomé de la totalidad de delitos que les eran imputados, con alzamiento de todas las medidas cautelares adoptadas frente a los mismos y declaración de oficio de las restantes tres cuartas partes de las costas procesales.

ACORDAMOS la afectación de los objetos intervenidos a los condenados a satisfacer sus responsabilidades pecuniarias, con devolución a los absueltos de los que les fueron ocupados, y cuidando de conservar los que tengan carácter de prueba documental, así como las cintas de las grabaciones correspondientes.

Dése cuenta de lo resuelto en la presente sentencia a los instructores de los expedientes disciplinarios seguidos a los acusados por hechos relacionados con los aquí enjuiciados.

Y para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas, ABONAMOS a los condenados todo el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa, si no les hubiera sido aplicado a otra distinta.

La presente sentencia no es firme, al caber contra la misma recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a preparar mediante escrito suscrito por Abogado y Procurador en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Disposiciones Estudiadas:

Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre. CÓDIGO PENAL (RCL 1995\3170)

- Art. 408
- Art. 417.1
- Art. 451.3º circ. b)
- Art. 8 regla 3ª

Afectado por:

- Casada. Sentencia TS 22 julio 2005. (RJ 2005\5635)

Voces:

ABANDONO DE DESTINO Y DE LA OMISION DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS

Figuras delictivas

Dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos

Debe estimarse

(...)

[F. 1]

ABANDONO DE DESTINO Y DE LA OMISION DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS

Figuras delictivas

Dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos

Supuestos diversos

Queda absorbido por el delito de encubrimiento: concurso de leyes:

[F. 1]

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACION DE SECRETOS

Figuras delictivas

Autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados

No debe estimarse

Averiguar si una persona tiene o no pendiente una orden judicial de busca y captura, aunque sea con la ilícita finalidad de poder eludirla más fácilmente: inexistencia de revelación de secreto:

[F. 1]

CONCURSO DE LEYES

Debe estimarse

Encubrimiento y omisión del deber de perseguir determinados delitos cometidos por Guardias Civiles: el primer delito absorbe al segundo: aplicación del art. 8 regla 3ª:

[F. 1]

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

Inviolabilidad del domicilio

Vulneración

No debe estimarse

(..)

[F. 1]

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

Intervención telefónica

Vulneración

No debe estimarse

Intervenciones motivadas por el delito inicial de contrabando, de omisión del deber de perseguir determinados delitos o del encubrimiento, procediéndose a su transcripción por escrito y dando fe la Secretaría Judicial de la fidelidad de las transcripciones y supervisando el instructor la necesidad y extensión de las escuchas:

[F. 1]

ENCUBRIMIENTO

Figuras delictivas

Ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o a sustraerse a su busca o captura

Debe estimarse

Funcionarios públicos y agentes de la autoridad que auxilian al que quebrantó su condena a fugarse del territorio español:

[F. 1]

ENCUBRIMIENTO

Figuras delictivas

Ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o a sustraerse a su busca o captura

Supuestos diversos

Absorbe el delito de omisión del deber de perseguir determinados delitos: concurso de leyes:

[F. 1]

Notas de Redacción:

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales. Editorial Aranzadi no se hace responsable de los errores que en materia de Protección de Datos de Carácter Personal pudiera adolecer esta versión oficial.